



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

RELATÓRIO

Classe : Apelação n.º 0013148-68.2008.8.05.0039
Foro de Origem : Foro de comarca Camaçari
Órgão : Segunda Camara Criminal - Segunda Turma
Relator(a) : Des. José Alfredo Cerqueira da Silva
Apelante : André Marinho da Silva
Advogado : Manoel Jorge de Almeida Curvelo (OAB: 12292/BA)
Apelado : Ministerio Publico
Promotor : Ricardo de Assis Andrade

Assunto : Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas

RELATÓRIO

Apelação interposta por André Marinho da Silva contra sentença (págs. 33/43) que julgou a ação penal parcialmente procedente, para condená-lo pela prática do crime previsto no art. 33 “caput” da Lei 11.343/2006, aplicando-lhe a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão mais o pagamento de 1/30 (um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato criminoso e absolver Agnaldo Marinho Silva e José Carlos Rodrigues dos Santos das condutas delituosas descrita na denúncia e

Em suas razões de apelo (págs.329/336), o recorrente alega preliminarmente nulidade da prisão em flagrante realizada contra si, por ilegalidade na invasão do seu domicílio.

No mérito, requer a absolvição, por ausência de provas.

Subsidiariamente, almeja a reforma da dosimetria, a fim de que seja a pena base reduzida ao mínimo legal, bem como lhe seja aplicado a redutora prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 no seu grau máximo, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Por fim requer a suspensão da pena de multa, alegando estado de pobreza.

Contrarrazões apresentadas (págs. 350/351), pelo improvimento do recurso.

O parecer emitido pela douta Procuradoria de Justiça às fls. 07/14 dos autos físicos foi pelo conhecimento e improvimento do apelo.

É este o Relatório, que submeto ao exame da Exmo. Des. Revisor, nos termos do artigo 166, do Regimento Interno do Egrégio Tribunal de Justiça.

Salvador, ___ de _____ de 2019.

José Alfredo Cerqueira da Silva
Relator



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

ACÓRDÃO

Classe : Apelação n.º 0013148-68.2008.8.05.0039
Foro de Origem : Foro de comarca Camaçari
Órgão : Segunda Camara Criminal - Segunda Turma
Relator(a) : Des. José Alfredo Cerqueira da Silva
Apelante : André Marinho da Silva
Advogado : Manoel Jorge de Almeida Curvelo (OAB: 12292/BA)
Apelado : Ministerio Publico
Promotor : Ricardo de Assis Andrade

Assunto : Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas

RECURSO DE APELAÇÃO. CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, DA LEI 11.343/2006.

PRELIMINAR. PRISÃO EM FLAGRANTE. DENÚNCIA ANÔNIMA. AFRONTA À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO. CRIME PERMANENTE. PRESCINDIBILIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. PRECEDENTES DO STJ.

MÉRITO:

AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES DO STJ. REDUTORA DO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PRESENÇA DE INDÍCIOS DE QUE O RÉU SE DEDICA ATIVIDADES CRIMINOSAS.

DOSIMETRIA. REDUÇÃO DE OFÍCIO. PENA DIMINUÍDA PARA 05 ANOS 06 MESES E 20 DIAS DE RECLUSÃO A SEREM CUMPRIDOS INICIALMENTE EM REGIME SEMI-ABERTO MAIS O PAGAMENTO DE 550 DIAS-MULTA.

PEDIDO DE ISENÇÃO DO PAGAMENTO DA PENA DE MULTA POR MANIFESTA SITUAÇÃO DE POBREZA. IMPOSSIBILIDADE. INOPORTUNO MOMENTO PARA APRECIÇÃO DO PEDIDO.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO DE APELAÇÃO IMPROVIDO. DOSIMETRIA REFORMADA DE OFÍCIO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de **Apelação Criminal de N° 0013148-68.2008.8.05.0039**, oriundo da comarca de Camaçari, em que figuram como recorrente André Marinho da Silva, na qualidade de réu, tendo como recorrido o Ministério Público.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme certidão de julgamento, em **REJEITAR A PRELIMINAR, NEGAR PROVIMENTO** ao recurso, e, do ofício, reduzir a pena imposta pelos fundamentos a seguir alinhados.

RELATÓRIO

Apelação interposta por André Marinho da Silva contra sentença (págs. 33/43) que julgou a ação penal parcialmente procedente, para condená-lo pela prática do crime previsto no art. 33 “caput” da Lei 11.343/2006, aplicando-lhe a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão mais o pagamento de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato criminoso e absolver Agnaldo Marinho Silva e José Carlos Rodrigues dos Santos das condutas delituosas descrita na denúncia e

Em suas razões de apelo (págs.329/336), o recorrente alega preliminarmente nulidade da prisão em flagrante realizada contra si, por ilegalidade na invasão do seu domicílio.

No mérito, requer a absolvição, por ausência de provas.

Subsidiariamente, almeja a reforma da dosimetria, a fim de que seja a pena base reduzida ao mínimo legal, bem como lhe seja aplicado a redutora prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 no seu grau máximo, com a consequente conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Por fim requer a suspensão da pena de multa, alegando estado de pobreza.

Contrarrazões apresentadas (págs. 350/351), pelo improvimento do recurso.

O parecer emitido pela douta Procuradoria de Justiça às fls. 07/14 dos autos físicos foi pelo conhecimento e improvimento do apelo.

É o suficiente relatório.

VOTO

Ab Initio, impõe-se o conhecimento do apelo manejado, porquanto presentes os pressupostos recursais de admissibilidade.

Em sede preliminar, o recorrente aduz nulidade processual, uma vez que sua prisão foi feita de forma ilegal, dentro do seu domicílio, sem ordem judicial. Invoca em seu favor “*A Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada*”, entendendo como ilícitas as provas produzidas em seu desfavor.

Apura-se nos autos que os policiais militares, durante ronda policial, receberam da central, notícias a respeito da prática do crime de tráfico de drogas numa banca de cachorro-quente, situada na *Rua 01 do Canal, bairro Gleba “A”*. A referida apuração culminou na invasão do domicílio do recorrente, onde consigo foram apreendidos “[...] *uma balança de precisão digital, modelo Tangent, um rolo de papel alumínio, uma pedra grande, com cerca de 350 gramas, além das dezessete pedras envoltas em saquinhos plásticos, mais sete pedras da mesma substância aparentando ser droga conhecida como “crack”* [...]” (mandado de busca e apreensão – fls. 61).



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

Não há que se falar em afronta a inviolabilidade do domicílio na prisão em flagrante, conforme almeja a defesa. Isto porque o tráfico de drogas possui natureza de crime permanente, sendo autorizado pelo art. 5º, inciso XI, a realização da prisão em flagrante durante o dia ou noite, independente da expedição de mandado judicial.

Neste sentido, é firme o entendimento do STJ:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. ENTRADA AUTORIZADA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. 2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito. 3. No caso em exame, porém, conforme se infere do acórdão impugnado do TJGO, após o recebimento de denúncia anônima sobre o intenso tráfico de drogas naquele endereço, os policiais foram em diligência averiguar o caso, e ao chegarem no local "a entrada na casa teria sido autorizada pelos moradores." A versão é a mesma contida no auto de prisão em flagrante, das declarações prestadas pelos agentes públicos. A ação policial logrou êxito na apreensão de 2 porções de maconha pesando 1,055 kg e 3 de crack pesando 0,554, além de uma balança, celular e um veículo Hyundai HB20, vermelho, placa OMT-3218, com restrição de furto e roubo. 4. São válidas as provas colhidas mediante o ingresso autorizado dos policiais no domicílio do agravante. Julgados nesse sentido. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no RHC 111.760/GO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 02/09/2019)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Segundo jurisprudência firmada nesta Corte, o crime de tráfico de drogas, na modalidade de guardar ou ter em depósito, constitui crime permanente, configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator, incidindo, portanto, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal. 2. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 603.616, reafirmou o referido entendimento, com o alerta de que para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito. 3. No caso em exame, a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que os policiais militares, impulsionados por denúncia anônima sobre a ocorrência de comércio de drogas, foram até o local onde se encontrava o réu que, de pronto, tentou empreender fuga, lançando uma sacola de plástico sobre a laje da casa em que estava, na qual foram encontrados 26 microtubos de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

cocaína e 4 porções de maconha. 4. Considerando a natureza permanente do delito de tráfico e estando devidamente registrada a justa causa para ensejar o ingresso dos agentes de polícia no domicílio do réu, como acima destacado, conclui-se que não se identifica a manifesta ilegalidade sustentada pela defesa. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 516.746/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 20/08/2019)

Destarte, rejeita-se a preliminar de nulidade processual.

No mérito, a tese defensiva apresentada pelos recorrentes versa sobre inexistência de lastro probatório capaz de alicerçar a condenação que lhes foi imposta pelo crime de tráfico de drogas previsto pelos art. 33 "caput" da Lei 11.343/2006, requerendo, portanto, sua absolvição.

Da detida análise dos autos, entretanto, verifica-se não ser este o melhor entendimento a ser adotado.

É incontroversa a materialidade delitiva, porquanto as substâncias descritas no laudo de apreensão de fls. 26 - as quais o Laudo Pericial definitivo (fls. 182) confirmou corresponderem ao entorpecente do tipo "Cocaína" - foram efetivamente encontradas na posse do Réu, no interior da sua residência, tendo inclusive, confessado na fase investigativa.

Quanto à autoria delitiva, o arcabouço probatório, entretanto, converge para a certeza de que o recorrente André Marinho da Silva efetivamente praticava o crime de tráfico de drogas.

O policial Militar Adilson Fernandes da Conceição, na qualidade de condutor, descreveu a operação policial que culminou na prisão do recorrente:

"[...] estava fazendo rondas nessa cidade quando por volta das 18:00 hs a central informou que havia recebido uma denúncia anônima de que na Rua 01 do Canal, Gleba "A", nº 196, existia uma casa que vendia cachorro-quente, porém funcionava como ponto de venda de drogas. Que ato contínuo, a equipe deslocou-se até o local indicado e lá chegando constatou a presença de três indivíduos no chão da casa, sendo que o que se identificou como sendo André Marinho da Silva estava cortando e pesando a droga que aparenta ser "crack"; Agnaldo Marinho da Silva e José Carlos Rodrigues dos Santos, estavam embalando drogas num saco plástico. Que no local foram apreendidas cerca de meio quilo de crack, vinte e quatro pedras, sendo dezessete embaladas em sacos plásticos, uma balança de precisão digital, marca tangente, nove relógios de diversas marcas, 03 celulares, uma faca tipo punhal, uma lixadeira marca Makita, além da quantia de duzentos e quarenta e quatro reais, que estava do lado de André. Que foi dada voz de prisão em flagrante aos indivíduos André Marinho da Silva, Agnaldo Marinho da Silva e José Carlos Rodrigues dos Santos por tráfico de drogas. Que no momento em que estavam saindo da casa surgiram os indivíduos Edvaldo dos Santos Sena e Thiago Roberto Lima dos Santos, que afirmaram que estavam no local na intenção de comprar drogas com os flagranteados, na intenção de revender. Que André e Agnaldo são irmãos, sendo que Eduardo tem parentesco por afinidade com os mesmos. Que não deram o nome nem endereço do fornecedor da droga. Que André afirmou que cada pedra de "crack" que já estava embalada seria revendida por oitenta reais. Que foram todos os indivíduos citados e encaminhados para esta Delegacia, bem como os objetos e a droga apreendida. Nada mais lhe disse nem lhe foi perguntado."(auto de prisão em flagrante - pág. 51)

O policial Gilvandisson de Jesus Souza, prestando depoimento em juízo,



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

confirmou as circunstâncias da prisão em flagrante:

“[...] Fazia parte da guarnição que prendeu os denunciados; que recebeu informações da central que havia havendo tráfico de drogas; atrás do colégio Mascarenhas; que ao chegarem ao local, 06 ou 07 entraram em uma residência, que estava em construção; que saiu um senhor de óculos dizendo que os rapazes estavam no local [...] que ao entrar na casa viu o denunciado André jogando um saco de lixo na porta do quintal; que imediatamente ordenou que o depoente levantasse as mãos e imediatamente recolheu o saco de lixo descobrindo tratar-se de várias pedras de crack[...]” (depoimento do policial Gilvandisson de Jesus Souza durante audiência de instrução e julgamento - pág. 198)

Neste sentido, o STJ mantém pacificado o entendimento de que os depoimentos prestados pelos policiais que efetuaram a prisão do réu são meios aptos a embasar uma condenação criminal, desde que em consonância com os demais elementos probatórios. É o que ocorre no caso em comento.

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. BENEFÍCIO PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso cabível, entendimento que foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício. 2. No que se refere ao sustentado constrangimento ilegal decorrente da não incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, cumpre registrar que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) não integre organização criminosa. 3. Na hipótese em apreço, verifica-se que o Tribunal de origem, soberano no reexame do conteúdo probatório produzido em juízo, apresentou fundamentação suficiente e adequada ao afastamento do redutor, especialmente considerando a prova produzida ao longo da instrução processual, que indicaram a dedicação do paciente à atividade criminosa. 4. Esta Corte Superior possui entendimento remansoso no sentido de que o depoimento de policiais, os quais, de acordo com o acórdão ora combatido, visualizaram a prática do tráfico, constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo, circunstância que reforça a legalidade da decisão recorrida. 5. Desconstituir a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias, sobretudo acerca das circunstâncias do crime, in casu, exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via estreita do presente writ. 6. Em que pese não se desconhecer o entendimento firmado pela Suprema Corte acerca da inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime fechado para execução das penas aplicadas aos delitos hediondos, no crime de tráfico de drogas, ao ser fixado o modo de cumprimento da reprimenda, o magistrado deve estar atento não só às circunstâncias judiciais inseridas no art. 59 do CP, como também o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual prevê a possibilidade de menção à quantidade e à natureza da substância entorpecente como fundamento para a aplicação de regime mais gravoso. 7. Este Sodalício entende inexistir qualquer irregularidade quando o julgador,



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

mediante decisão fundamentada, estabelece, para a punição do delito de tráfico de drogas, regime mais gravoso do que o previsto para o quantum da pena fixada, motivando suas conclusões na quantidade e na natureza da substância entorpecente apreendida. Precedentes. 8. Em relação à pretendida substituição da pena, tem-se que a conversão da sanção reclusiva por restritiva de direito foi indeferida pelo Tribunal impetrado, diante do não preenchimento do requisito legalmente exigido, previsto no art. 44 do Código Penal. De fato, as circunstâncias do delito evidenciam que, in casu, a negativa da permuta encontra-se justificada, pois a conversão da sanção reclusiva realmente não se mostraria suficiente para a prevenção e repressão do delito noticiado. 9. Agravo desprovido. (AgRg no HC 483.731/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 02/09/2019)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE ARMA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Corte de origem, soberana na apreciação da matéria fático-probatória, concluiu pela existência de provas suficientes para a condenação pelo delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, notadamente em razão dos depoimentos de policiais, colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual a revisão do julgado encontra óbice na Súmula 7/STJ. 2. O depoimento policial prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, notadamente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 597.972/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016)

Com efeito, as provas colhidas nos autos não deixam dúvidas de que o recorrente praticava o crime de tráfico de drogas, atividade ilícita descrita no artigos 33 “caput” da Lei 11.343/2006.

Melhor sorte também lhe assiste quando almeja o reconhecimento do direito à causa de diminuição contida no §3º da Lei 11.343/2006.

De forma fundamentada e com o devido amparo jurisprudencial, o Magistrado de primeiro grau negou o referido direito ao apelante, levando-se em consideração a considerável quantidade de substância entorpecente apreendida, no caso quase meio quilo de “carck”, que, fracionadas, possuíam alto valor econômico no mercado ilícito.

Vale o registro de que entre os utensílios apreendidos no momento do flagrante, se encontrava uma balança de precisão, elemento apto a indicar que o recorrente fazia do tráfico meio de vida, dedicando-se à atividades criminosas.

Legítima, portanto, as fundamentações utilizadas pelo Julgador primevo, em devida sintonia com o STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (34,7 G DE COCAÍNA E 31,2 G DE MACONHA) E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, § 4º, 40, IV, E 42, TODOS DA LEI N. 11.343/2006; E 16 DA LEI N. 10.826/2003. PEDIDO DE RESTABELECIMENTO DA FRAÇÃO RELATIVA À CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ACÓRDÃO QUE, COM SUPORTE



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

EXCLUSIVO NA NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO, APLICOU FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA. DESPROPORCIONALIDADE FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE PARÂMETROS IDÔNEOS PARA JUSTIFICAR TAL RIGOR PUNITIVO. PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. PEDIDO DE INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO USO DE ARMA DE FOGO E DE EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 16, CAPUT, DA LEI N. 10.826/2003. MESMO CONTEXTO FÁTICO DESCRITO NA DENÚNCIA E RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PROCEDÊNCIA. NOVA DOSIMETRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. AGRAVANTE LUÍS EDUARDO. PRIMÁRIO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. PENA-BASE ESTIPULADA NO MÍNIMO LEGAL (5 ANOS DE RECLUSÃO E 500 DIAS-MULTA). FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO STF. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. SÚMULAS 718 E 719/STF. SÚMULA 440/STJ. PENA REDIMENSIONADA A 1 ANO, 11 MESES E 10 DIAS DE RECLUSÃO, MAIS PAGAMENTO DE 185 DIAS-MULTA. REGIME ABERTO QUE SE IMPÕE. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, C, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE, A CARGO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. PLEITO DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS. PREJUDICIALIDADE CONSTATADA, EM FACE DA POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. ERESP N. 1.619.087/SC. TERCEIRA SEÇÃO, DJE 24/8/2017. PRECEDENTES. 1. No que se refere à postulação atinente à fração de redução de pena prevista na Lei n. 11.343/2006, foi disposto na decisão agravada que levando em consideração a falta de parâmetros idôneos que justifiquem o maior rigor punitivo, notadamente diante da primariedade dos recorrentes, tem-se por considerar inidônea a aplicação do redutor em fração diversa da máxima permitida, tendo em vista, ainda mais, a não expressiva quantidade de entorpecente apreendido. 2. O Magistrado singular agiu em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior ao aplicar a redução da pena na fração de 2/3, notadamente porque reconhecida a primariedade, os bons antecedentes e o fato de não integrarem organização criminosa. Por sua vez, o Tribunal de origem, ao reduzir o quantum de diminuição de pena, com suporte na natureza e na quantidade de droga apreendida (34,7 g de cocaína e 31,2 g de maconha), bem como na ausência de fundamentos concretos atinentes à personalidade e conduta social dos agravados, foi de encontro à linha de julgados proferidos, modernamente, pelo Superior Tribunal de Justiça. 3. Esta Corte vem decidindo que a quantidade, a nocividade e a variedade dos entorpecentes apreendidos são fundamentos idôneos a ensejar a escolha da fração redutora, quando for o caso de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ou, até mesmo, para justificar a não incidência da redutora, quando, juntamente com outros elementos presentes nos autos, indicarem a dedicação do agente à atividade criminosa. [...], a hipótese tratou de pequena quantidade de entorpecente (35 g de cocaína) e, em decorrência, com o devido respeito à proporcionalidade, deve incidir a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima, alcançando as penas o montante de 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa (HC n. 480.783/RJ, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 14/2/2019) - (AgRg no REsp n. 1.777.922/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 20/5/2019). 4. No que se refere ao pedido de cassação da absorção do delito



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

previsto no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, consta da exordial acusatória que, no dia 13 de abril de 2017, por volta das 22h30min, na Rua Madressilva, nas proximidades do n.º 310, bairro Quinta das Palmeiras, nesta Cidade e Comarca de Divinópolis, os Denunciados, em unidade de desígnios e concurso de vontades, guardavam, para fins de fornecimento a terceiros, dois tabletes da substância entorpecente vulgarmente conhecida por "maconha", perfazendo o peso bruto total aproximado de 31g (trinta e um gramas), e 55 "pinos" contendo a substância entorpecente vulgarmente conhecida por "cocaína", em sua forma pulverizada, perfazendo o peso bruto total aproximado de 34g (trinta e quatro gramas), ambas sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. [...] Nas mesmas circunstâncias espaciotemporais mencionadas, o denunciado Luís Eduardo possuía e mantinha sob sua guarda arma de fogo e munições de uso restrito - uma submetralhadora artesanal, de alma lisa, calibre 9mm, e cinco cartuchos calibre 9mm, marca CBC - conforme laudos periciais de eficácia e prestabilidade de f. 32/33, 36/38 e 70/74, sem autorização e desacordo com determinação legal e regulamentar (fl. 1). 5. As instâncias ordinárias reconheceram que, nas mesmas condições de tempo e lugar foram encontradas em poder do ora agravante drogas ilícitas, além da arma e munições. [...] Assim, não tendo o acórdão impugnado demonstrado que o porte da arma de fogo não se caracterizava como crime meio para atingir o crime fim - tráfico de drogas -, imperioso o afastamento do concurso material entre os delitos e o reconhecimento da incidência da causa de aumento de pena prevista no inciso IV do art. 40 da Lei n. 11.343/2006. 6. In casu, da análise perfunctória dos elementos, é possível aplicar a causa especial capitulada no inciso IV do artigo 40 da Lei n. 11.343/2006, em substituição à condenação pelo crime do artigo 16, caput, da Lei n. 10.826/2003, visto que os objetos apreendidos, no contexto descrito na denúncia, demonstram que foram utilizados para viabilizar a prática do narcotráfico, existindo, portanto, flagrante ilegalidade a justificar a concessão da ordem de ofício. [...] Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer quando o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita. Nesse caso, trata-se de crime meio para se atingir o crime fim que é o tráfico de drogas, exige-se o nexó finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico (HC n. 181.400/RJ, Quinta Turma, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 29/6/2012) - (HC n. 395.762/RJ, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 21/11/2017). 7. Levando em consideração o desprovimento dos pedidos anteriormente analisados, bem como preservada a dosimetria da pena do agravado Luís Eduardo de Lima Silva, nos termos da decisão de fls. 409/424, tem-se por improcedente o derradeiro pleito de execução provisória da pena, notadamente em face da possibilidade de se conferir, também, ao referido agravado a substituição da pena privativa de liberdade. 8. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, em sessão realizada no dia 14/6/2017, por maioria de votos, no julgamento do EREsp n. 1.619.087, firmou orientação no sentido da impossibilidade de execução provisória das penas restritivas de direitos, devendo-se aguardar, portanto, o trânsito em julgado da condenação, nos termos do art. 147 da LEP. 9. Na hipótese das penas restritivas de direitos, a Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do EResp n. 1.619.087/SC, de relatoria do insigne Min. Jorge Mussi, decidiu que, na ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e a teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação (EDcl no HC n. 499.027/SC, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 27/5/2019). 10. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1808590/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 04/09/2019)

No que se refere à dosimetria aplicada, de ofício, a dosimetria merece um pequeno reparo.

É que ao exasperar a culpabilidade em desfavor do réu, na primeira fase de aplicação da pena, o Julgador utilizou-se de patamar acima dos parâmetros diversos dos adotados por esta Turma julgadora. Desta forma, é que a pena-base deve ser reduzida a 06(seis) anos e 08(oito) meses de reclusão.

Na segunda fase, em face do reconhecimento da confissão, a pena sofre a redução de um sexto, o que totaliza 05 (cinco) anos 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, tornando-se definitiva, por não mais existirem atenuantes, agravantes, causas de diminuição ou aumento.

O regime inicial de cumprimento da pena, nos termos do art. 33,§1º “b” do CPB, deve ser o semi-aberto.

Não se aplica no presente caso, o art. 387 §2º do CPB, porquanto o tempo de recolhimento provisório do recorrente até o momento da sentença seja irrisório para fins de flexibilização do regime inicial de cumprimento da pena.

A pena de multa, acompanhando a redução da pena privativa de liberdade, passa ao novo quantum de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, fixando-se cada unidade de valor em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo à época do fato criminoso.

Por fim, quanto ao pleito de isenção do pagamento da pena de multa e assistência judiciária gratuita, em face do manifesto caráter de pobreza do apelante na forma da lei, verifica-se que não ser este o melhor momento processual para apreciação.

Eventuais considerações a respeito das dificuldades econômicas enfrentadas devem ser formuladas junto ao Juízo das Execuções Penais, quando será apreciada a real situação financeira do Réu, pois existe a possibilidade de alteração da sua situação econômica após a data da condenação, conforme jurisprudência dominante dos nossos Tribunais, inclusive do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 1. PEREMPÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - QUEIXA-CRIME AINDA NÃO RECEBIDA - AÇÃO PENAL NÃO INICIADA - ARTIGO 60, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - 2.ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - VIA IMPRÓPRIA - COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO - NÃO CONHECIMENTO - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PROVIDO. [...] 2. Não se conhece do pedido de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, por se tratar da via eleita inadequada, tendo em vista que deve ser formulado perante o PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA TRIBUNAL DE JUSTIÇA Segunda Câmara Criminal - Segunda Turma 09 14 Juízo da Execução. (TJ-PR - Segunda Câmara Criminal - RSE: 1402213-4 PR - Relator: Des. Luís Carlos Xavier – Julg. 10/12/2015 – Pub. DJe: 1723 21/01/2016) (Grifos Acrescidos)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MONOCRÁTICA PROLATADA NOS TERMOS DO ART. 557 DO CPC. BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 804 DO CPP.



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Segunda Camara Criminal - Segunda Turma

PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1...2. Nos termos da jurisprudência do STJ, o réu, mesmo sendo beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais, nos exatos termos do art. 804 do Código de Processo Penal. 3. Ademais, a suspensão do pagamento apenas pode ser concedida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, haja vista ser na fase da execução o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado. 4. Agravo regimental improvido." (STJ – Quarta Turma - AgRg no AREsp 282202/MG – Rel. Min. Campos Marques - Desembargador Convocado do TJ/PR - Julg. 21/03/2013- Pub. DJe 26/03/2013).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. CONDENÇÃO. ART. 804 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E ART. 12 DA LEI N.º 1.060/50. AGRAVO DESPROVIDO. 1...2. A isenção somente poderá ser concedida ao réu na fase de execução do julgado.3. Agravo regimental desprovido. (STJ – Quinta Turma - AgRg no Ag 1377544/MG – Relª. Minª Laurita Vaz – Julg. 31/05/2011 – Pub. DJe 14/06/2011).

Não há como se analisar, portanto, o pleito requerido, neste momento processual.

Sem razão o Apelante, também, nesse aspecto.

Ante o exposto, o voto é no sentido de **REJEITAR A PRELIMINAR, NEGAR PROVIMENTO** ao recurso de apelação interposto e **DE OFÍCIO**, reduzir a pena imposta para 05 (cinco) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão a serem cumpridos inicialmente em regime semi-aberto, mais o pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, fixando-se cada unidade de valor em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato criminoso.

Salvador, de de 2019.

PRESIDENTE

**DES. JOSÉ ALFREDO CERQUEIRA DA SILVA
RELATOR**

PROCURADOR(a) DE JUSTIÇA